JESUS, MARIA, JOSEPH.

Ne scribam vanum duc pia Virgo manum.

POR

DOñA MARTA JOSEPHA DE MURUA, VIUDA, VEZINA de la Villa de Vergara, num. 12. Doña Maria de Torres, viuda, vezina de la Villa de Urruselas, como madre, Tutora, y Curadora de sus hijos, n. 15. y demàs Consortes, numeros 20. 21. 22. y 23. del Arbol, hijos, y nietos unos, y otros respectivè de Don Martin de Murua, y Doña Leonor de Padilla su legitima muger, numer. 8.

CON

DOñA ELVIRA DE HURTAZA, VIUDA DE DON JUAN Bautista de Antia, y por su muerte Don Luis de Antia su hijo, vezinos que fueron, y el susodicho lo es de la Villa de Oñate, numeros 9. 16.

Y CON

DOñA JOSEPHA DE IBARZAVAL, NUM. 19. VIUDA, Y heredera de Don Miguèl Ignacio de Picavea, vezina de la Villa del Goivar,

SOBRE

QVE DICHA DOñA ELVIRA DE HURTAZA, Y DON Luis de Antia su hijo, y la referida Doña Josepha de Ibarzaval, numeros 9. 16. & 19. buelvan, y restituyan à dicha Doña Marta Josepha de Murua, y demàs sus Consortes, numeros 12. 15. 20. 21. 22. & 23. como ha verdaderos tronqueros de Don Domingo Antonio de Murua, y Daña Josepha Mariana de Murua su hija, num. 11. & 17. todos los bienes que dicho Don Domingo Antonio entrò à el matrimonio con Doña Ana Maria de Hurtaza su muger, con la metad de los adquiridos en èl, y los que por representacion del mismo Don Domingo Antonio, y como su heredera llevò dicha Doña Josepha Mariana de Murua su hija, num. 17. à el que contraxo con dicho Don Miguèl Ignacio de Picaura, num. 18. con la metad de los gananciales, por aver muerto dicha Doña Josepha Mariana, dexando por su hija, y del referido su marido, Don Miguèl Ignacio, à Doña Fausta de Picavea y Murua, quien muriò en la edad pupilar.

 En

1 EN eſte pleyto ay ſentencia de viſta, de la que reciprocamente, por cada una de las partes, en lo que es perjudicial, ſe ha ſuplicado, pretendiendo ſu reformacion, y eſtando, como eſtà puntual, y arreglado el Memorial Ajuſtado por el Relator, excuſamos referir ſu hecho, contentandonos con proponer la controverſia principal de derecho, que ſe reduce *à la ſubſiſtencia, validacion, ò nulidad del pacto reverſivo, pueſto en los capitulos matrimoniales*, celebrados en los 28. de Diziembre del año paſſado de 672. entre dicho Don Domingo de Murua, y Doña Ana Maria de Hurtaza, num. 10. y 11. como en los celebrados entre dichos Don Miguèl Ignacio de Picavea, y Doña Joſepha Mariana de Murua, num. 17. y 18. en los 14. de Marzo de 1694.

2 Y la relacion es en la forma ſiguiente, las dichas partes, conforme à la coſtumbre obſervada, y guardada en eſta dicha Villa de Oñate, y ſu circunvezindad ponen por condicion: *Que ſi el matrimonio de entre los dichos Don Domingo Antonio de Murua, y Doña Ana Maria de Hurtaza, ſe diſolviere ſin hijos; y aunque los tengan, murieren los tales en edad pupilar, ò deſpues abinteſtato; y los miſmos contrayentes ſin teſtamento, ſe buelvan, y reſtituìan los bienes dotales de cada parte; con mas por metad las conquiſtas, y ganancias, que huviere à ſu debido tronco, ſin embargo de la diſpoſicion de la Leg. 6. de Toro, y otras, que aya en contrario, que renunciaron, y lo juraron todas las dichas partes por ſu menor edad, como por ſer caſada la referida Doña Ana Maria de Hurtaza*: Y en la miſma conformidad ſe expuſo en los de dichos Don Miguèl Ignacio de Picavea, y Doña Joſepha Mariana de Murua.

3 Es ſin controverſia cierto, que el pacto reverſivo pueſ-

puesto en las capitulaciones matrimoniales, de dichos Don Domingo de Murua, y Doña Ana Maria de Hurtaza, caducò por aver muerto Doña Josepha Mariana de Murua, hija de los referidos con hijos, à los quales no comprehende el pacto, sino solo à los dotados, y sus hijos de primer grado.

4 Pero tambien lo es *absque dubio*, llegò el caso del pacto reversivo puesto en los capitulos matrimoniales de dichos Don Miguèl Ignacio de Picavea, y Doña Josepha Mariana de Murua, por aver muerto Doña Fausta de Picavea su hija en edad pupilar; y ser este uno de los casos expressamente comprehendidos en dicho pacto; por lo que todos los bienes, que la referida heredò por su madre Doña Josepha Mariana de Murua, buelven à sus parientes tronqueros, siendo iguales los de la linea de Murua, como los de Hurtaza, y sin que pueda aver, ni se haga separacion de bienes; porque hechos todos Patrimonio de dicha Doña Josepha Mariana de Murua, y diferidos por este canal à su hija para la troncalidad, solo es atendible el stipite mas proximo, sin buscar el origen remoto.

5 *Ex eo*, de que aunque el padre, innovada la disposicion de Derecho comun funda de derecho para la succession intestada de su hijo, *Leg. 6. Taur.* & ibi Anton. Gom. *Et omnes alij taurist.* Amat. *resolut.* 48. *num.* 5. y por lo mismo parecia avia podido, y debido succeder Don Miguèl Ignacio de Picavea, à su hija Doña Fausta de Picavea: *atamen* està excluìdo por aver consentido en dicho pacto reversivo, ser este ademàs reciproco, y eventual en padre, ò madre, y en las capitulaciones matrimoniales; en cuyos terminos es sin duda le perjudica, remueve, y abdica de èl la succession intestada de los hijos, Amat. *dict. resolut.* 48. *ex num.* 5. *signanter*, *num.* 7. Don Joseph de Rosa *consult.* 6. *num.* 72. *cum sequent.* Marinis *lib.* 2. *resolut. cap.* 192. *numer.* 7. & 8. Franch.

decis.

decis. 537. *num.* 3. Carlev. *de Iudic. in apolog. ad decis.* 87. Rovit. Merlin. *Controv. centur.* 2. *cap.* 49.

6 Y es la razon de ser justisimo, y à derecho muy conforme *pacta servari*, pues no ay mayor Justicia, que la observancia de los pactos de los contrayentes, *Leg.* 1. *Cod. de Pact. convent. ideo* que son tan poderosos, como la Ley, y mas fuertes que el estatuto, Surd. *cons.* 183. *num.* 11. Amat. *dict. resolut.* 48. *num.* 8.

7 Sin que obste, que semejante pacto reversivo se halla *à jure* reprobado, por contener, y entrañar en sì un pacto negativo de *non sucedendo*, que sin juramento, y consentimiento, *de aquel de cuius hæreditate agitur*, no puede subsistir, *cap. Quamvis pactum de pactis in* 6. Torr. *de Pact. futur. succes. libr.* 2. *cap.* 3. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 3. *numer.* 49. Tello Fernandez *in Leg.* 6. *Taur. num.* 64. Ant. Gomez *in Leg.* 22. *Taur. numer.* 3. quien en los mismos terminos afirma, que el padre no puede renunciar la herencia, y succesion de su hijo, conducit D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 3. *ex num.* 29. *cum seqq.*

8 Porque todo lo referido no es adaptable, ni proporcionable à los terminos de este pleyto, *ex eo nempè*, de que el pacto negativo de *non succedendo*, de que tratan los textos, y AA. y especialmente, *dict. cap. Quamvis pactum de pactis in* 6. *Leg. Fin. Cod. de Pact.* es en los casos de que dicho pacto negativo de *non succedendo*, sea innito, y interpuesto con aquel de *cuius hæreditate agitur*; v. g. como quando el hijo *favore patris, vèl, è contra, pater favore filij*, renuncian su succesion, y herencia, ò quando es innito, y interpuesto con otro tercero sobre herencia, en que espera succeder; pues en este caso, sin embargo, de *que sonat in vim pacti de non succedendo*, virtualmente es pacto afirmativo de succeder, respecto de aquel à cuyo favor se pone, Anton. Gom. *in Leg.* 22. *Taur. num.* 31. Torr. *de Pact. futur. succ. lib.* 2. *cap.* 2. *ex num.* 40.

To-

9 Todo lo que *deficit* en uno, y otro pacto reversivo interpuesto en dichos capitulos matrimoniales; pues los padres, que à el tiempo del contracto, le interpusieron, y consintieron, renunciando, y abdicando virtualmente de sì la succesion intestada de sus hijos, no le hizieron, y interpusieron *favore filiorum*, como ni tampoco le celebraron con aquellos, que avian de succeder, como eran los parientes tronqueros; sino que mutua, y reciprocamente, abdicaron de sì la intestada succesion de sus hijos, *quod non est prohibitum*. Amat. D. Joseph de Rosa, *& cæteri citati, num.*

10 Pues en semejante abdicacion no se dà, ni milita ninguna de las razones, porque el derecho, y AA. imprueban los pactos assi afirmativos, como negativos de succeder, que son, *quia est contra bonos mores civiles, tanto ex eo quod improbum sit de bonis alterius, prematura, & mortis cogitatione suscepta, disponere, quam ex eo, quod inducant votum captandæ mortis*, y siendo de derecho publico las succesiones, *pactis privatorum* no se deben, ni pueden inmutar.

11 *Ex quibus*, cesando como cesan en el pacto reversivo, todas estas razones, *consequanterque* se convence, no contener, ni entrañar en sì pacto alguno afirmativo, ò negativo de succeder, *neque ideò* hallarse reprobado por derecho *cum cesante ratione legis eius cesset dispositio*, Barbos. *in locis Commun. loc.* 94. latè D. Cast. *tom. 6. Controver. cap.* 172. *num.* 35.

12 Con lo que concurre ademàs, que el pacto afirmativo de succeder, quando es innito, y interpuesto *super hæreditate incerti hominis subsiste*, y tiene validacion, Ant. Gom. *in dict. Leg.* 22. *Taur. num.* 31. *Leg.* 3. *§. de Illo, ff. Pro socio*, Torr. *de Pact. futur. succ. lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 50. y de esta calidad, respectivè à los parientes tronqueros lo es dicho pacto reversivo, que es à lo mas, que puede aspirar Doña Josepha de Ibarzaval, que negamos.

13 Como è contra afirmamos, que quando dicho

pacto reversivo entrañàra en si pacto afirmativo, ò negativo de succeder, estando, como està acreditada, y probada la costumbre inconcusa, de que en todos, y qualesquier contratos matrimoniales, no solo se pone dicho pacto reversivo, sino su observancia, y que conforme à ella disueltos los matrimonios, sin hijos, ò con ellos; muertos estos sin testar dentro, ò fuera de la pupilar edad, no heredan los padres, sino los parientes tronqueros en virtud del pacto, *nullatenùs* se puede controvertir su eficazia, y validacion; y que en virtud del puesto en las capitulaciones matrimoniales de dicha Doña Josepha Mariana de Murua con dicho Don Miguèl Ignacio de Picavea, pertenecen à dicha Doña Marta Josepha de Murua, y Consortes, como legitimos tronqueros, los bienes todos que fueron de dicha Doña Josepha Mariana de Murua, y no à dicho Don Miguèl Ignacio de Picavea, padre de dicha Doña Fausta, y en representacion de aquel à dicha Doña Josepha de Ibarzaval, num. 19. su heredera.

14 Porque semejante costumbre, y su observancia, es poderosa, y bastante aun para validar assi el pacto afirmativo de succeder, como el pacto negativo de *non succedendo* Torr. *de Pact. futur. succ. lib.* 1 *cap.* 12. *ex num.* 36. en el pacto afirmativo, y en el negativo, *lib.* 2. *cap.* 5. *qui infinitos reffert*, especialmente puestos semejantes pactos en las capitulaciones matrimoniales; porque en este caso vestidos de la choerencia del contracto se validan, y subsisten, y à ellos se debe estàr, Avend. *in Leg.* 44. *Taur. glos.* 16 *ex num.* 10. Matienz. *in Leg.* 6. *tit.* 5. *lib.* 5. *glos.* 1. *num.* 2. Molino *de Rit. Numpt. lib.* 3. *quaest.* 2. & 3.

15 Tanto por lo referido, quanto por el mutuo consentimiento de los contrayentes, y ser igual, y reciproco dicho pacto reversivo, como tambien eventual, en cuyos terminos, no obstante, de que el pacto successorio *inter privatos*, se halla *iure* prohibido *Leg. Licèt* 19. *Cod. de Pactis*, quando este es reciproco, y eventual

sub-

subsiste *ex eo* de que *cum reciprocum sit tolit sinistram suspicionem desiderandi alterius mortem, & ratione incertitudinis fit licitum, quod aliàs erat illicitum Leg. Nec emptio de Contrahenda empt. Leg. 1. Cod. de Pact.* Torr. *de Pact. futur. succes. lib. 1. cap. 13. num. 4. 9. & 10.*

16 *Ideòque* innito, è interpuesto reciprocamente, el pacto successorio *inter virum, & uxorem* de que premuerto el uno de ellos, el superstite aya, y lleve todos los bienes, vale, y perjudica à los ascendientes del premuerto, sin que le puedan impugnar por dezir es en fraude de su legitima, Gutierr. *de Iurament. confirm. 1. part. cap. 3. num.* 26. Palac. Rub. *in Repetit. rubrica de Donat. inter virum, & uxorem, §. 50. num.* 12. 17. & 18. quien testifica averse decidido assi, y conviene con esta misma sentencia, Torr. *de Pact. futur. succes. dict. lib. 1. cap. 13.* en el caso de aver estatuto, ò costumbre.

17 Por lo que se haze patente, *& absque dubio*, mediante los referidos exemplares presentados en autos, que califican dicha costumbre ser valido, y subsistente el pacto reversivo puesto en las capitulaciones matrimoniales de dicho Don Miguèl Ignacio de Picavea, y Doña Josepha Mariana de Murua, para que en su virtud se condene à las referidas Doña Josepha de Ibarzaval, y Doña Elvira de Hurtaza, y oy en su representacion à Don Luis de Antia su hijo à cada uno respectivè à la restitucion de todos los bienes, que quedaron por muerte de Doña Fausta de Picavea, confirmando dicha sentencia de vista.

ES

ES LA SEGUNDA DUDA, Y CONTROversia, sobre la temporalidad de la mejora de tercio, y quinto, que por via de Vinculo, y Mayorazgo Don Asensio Hurtaza, y Doña Ana Maria de Unzueta su legitima muger, en dichas capitulaciones matrimoniales de dicho año passado de 672. hizieron à dicha Doña Ana Maria de Hurtazo su hija, numero 10.

18 EN esta por lo correspondiente à dicha mejora, se expone su Clausula, ibi: *Assimismo la mejoran en contemplacion de este matrimonio; y para los hijos, y descendientes de èl, y no para otro alguno, aunque se case segunda, ò mas vezes, en todos sus bienes muebles, raizes, y acciones, habidos, y por haber que expressaron, fundando de los raizes Vinculo, y Mayorazgo por razon de esta mejora de tercio, y quinto; y obligandose à sacar Facultad Real, y que à ser possible, todos los dichos bienes fuessen para la dicha Doña Anu Maria, y sus hijos. Y en caso necessario la hizieron donacion inter vivos de todos ellos con el referido gravamen de Vinculo, y Mayorazgo; reservando poner las conditiones acostumbradas en Mayorazgos, y los llamamientos à su satisfaccion, con declaracion, de que la expression, que llevaban hecha de los bienes, no se entendiesse derogar la mejora absoluta del tercio, y remanente del quinto de todos los bienes donados; y con condicion, de que la legitima de dicha Doña Ana Maria de Hurtaza se avia de agregar à dicho Vinculo, y Mayorazgo, lo qual consintiò la susodicha.*

19 Esta segunda duda es solo respectiva à dicho Don Luis de Antia, y sin embargo de que en ella tenemos assimismo sentencia à nuestro favor, estimando por temporal dicha mejora de tercio, y quinto, y Mayorazgo de ella fundado por los referidos Don Antonio Hurtaza, y Doña Ana Maria de Unzueta, cuya confirmacion esperamos, se nos opone, y dize, que por dicha mejora quedò fun-

Asensio.

fundado un Mayorazgo regular en cabeza de dicha Doña Ana Maria de Hurtaza, y sus descendientes; y en su defecto en Doña Elvira de Hurtaza su madre, hija de dichos Fundadores.

20 Porque siempre, que ay fundacion de Vinculo, y Mayorazgo los llamamientos particulares se entiendan puestos *demonstrationis gratia*, y para preferir à los nominados, no empero *taxativè*, y para que con su extincion se extinga el Mayorazgo, D.Castill. *lib.* 2. *cap.* 22. *numer.* 57. & 58. & *tom.* 6. *cap.* 143. §. *Unic. num.* 14. & *cap.* 166. *num.* 26. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *numer.* 13. 33. & 34. Peg. *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Noguer. *alleg.* 25. *num.* 104.

22 Y que assi aunque no se hallan nominados mas que dicha Doña Ana Maria de Hurtaza, y sus hijos, y descendientes del dicho matrimonio, con Don Domingo Antonio de Murua, no por esso el Mayorazgo dexa de ser perpetuo, y succeder en èl los demàs descendientes de dichos Fundadores, de quien lo es dicho Don Luis.

23 *Quod dubium non patitur*, quando la mejora de
tercio, y quinto, como aqui, *contiene la palabra Vincu-*
lo, ò *Mayorazgo*, que incluye en sì pluralidad de substi-
tuciones; y tantas, quantas personas ay, y huviesse *infu-*
turum en la familia; assi descendientes, como transversa-
les *ordine* successivo, segun la nominacion, y prelacion
de las lineas, *Leg. Cum ita*, §. *in Fideicommiss. de Legat.* 2.
ibi: *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ad peti-*
tionem eius admiti possunt qui nominati sunt aut post omnes
eos estintos, qui ex nomine defunti fuerint, eo tempore, quo
testator moreretur; y qualquiera Fundador que haze Ma-
yorazgo, & *si allíud non dicat*, se entiende llamar, à
tantos quantos parientes pudiere tener *in infinitum*, subr-
rogandose unos à otros para la conservacion de la perpe-
tuidad, con cuya naturaleza es visto el Fundador confor-
marse D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 14. D. Castill. *lib.* 2.
Controvers. cap. 22. *num.* 56. & 64. Torr. *de Majorat.*

1. *part. cap. 9. num.* 32. Peg. *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 33.

24 *Et ideo* la nominacion de personas puesta à la palabra Mayorazgo, que incluyò toda la familia, no fue para darlas llamamiento, sino para darles prelacion à los nominados, D. Vela *disertat.* 49. *numer.* 36. Torre *de Majorat. dict. cap.* 9. *numer.* 16. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 30. D. Castill. *dict. cap.* 22. *num.* 57. cuya opinion es certissima en Castilla, quier el Mayorazgo se funde por ascendiente en descendiente, quier por transversal; porque igualmente fenecidos los llamados suceden los demàs, cum D. Molin. Castill. & alis Rojas *de Incompatib.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 295.

25 Pues todo lo referido solo procede quando *simpliciter, & indifinitè* el Fundador dize funda Mayorazgo, no empero, quando, como aqui nuestros Fundadores, solo, y limitadamente le fundaron *EN DOñA MARIA DE HURTAZA, Y PARA LOS HIJOS, Y DESCENDIENTES DEL MATRIMONIO, QUE AVIA DE CONTRAHER CON DICHO DON DOMINGO ANTONIO DE MURUA, Y NO PARA OTRO ALGUNO; AUNQUE LA REFERIDA DOñA ANA MARIA DE HURTAZA SE CASASE SEGUNDA, O MAS VEZES*; *pues en este caso egredi non debet ultra personas vocatas cum limitata causa limitatum producat efectum.* Cutel. *de Donat. contemplatione matrim. tract.* 2. *discurs.* 1. *specialit.* 36. *signanter, num.* 20. D. Vela *disertat.* 49. *num.* 69. Peg. *de Majorat.* 1. *part. cap.* 5. *num.* 38. D. Castill. *tom.* 6. *controvers. cap.* 143. *num.* 41.

26 Sin embargo de que *dicha palabra Vinculo*, ò *Mayorazgo perpetuitatem inducat*, y tracto succesivo; pues como dize Peg. *dict. cap.* 5. *num.* 83. *verbum maioratus* igualmente se verificò en Mayorazgo temporal, y gradual, como en el perpetuo, y absoluto, interin en aquel duran, y permanecen los llamados, *Leg.* 27. *Taur.* ibi:

ibi: *Los quales Vinculos, y sumissiones, aora se hagan en*
dicho tercio de mejoria, aora en el quinto, mandamos que
valga para siempre, ò por el tiempo, que el testador declare.
Leg. 40. *Taur.* ibi: *Salvo si otra cosa estuviesse dispuesta*
por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayoraz-
go, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad
del que le instituyò. Azev. *cons.* 18. Aguila ad Rojas 1. *part.*
cap. 2. *num.* 33. Bay. *in praxi, lib.* 2. *quæst.* 6.

27 Y es sin duda darse Vinculo, ò Mayorazgo tem-
poral *ut pro certo* lo supone D. Paz *cap.* 60. D. Vel. *disert.*
49. *num.* 24. Avend. *in Leg.* 27. *Taur.* 1. *part. glos.* 1.
num. 12. *cum seqq.* Torr. *de Maiorat. cap.* 9. *numer.* 20.
Peg. *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 1. *num.* 7. 8. 10. & 55. lo
que en nuestra fundacion no puede hallarse mas claro,
y expresso; pues nuestros Fundadores, ademàs de res-
tringir, y limitar el Vinculo, y Mayorazgo de tercio, y
quinto, que erigieron en cabeza de dicha Doña Ana
Maria de Hurtaza su hija, à los descendientes del matri-
monio, que avia de contraher con dicho Don Domingo
Antonio de Murua pusieron el pacto reversivo, el que
non compatitur con la perpetuidad de dicho Mayorazgo,
ultra de los descendientes de dicho matrimonio.

28 Y siendo incompatible con esta la succesion
troncal comprehensiva de los bienes de dicho tercio, y
quinto Vinculados, y de todos los demàs, que entraba à
el matrimonio la referida Doña Ana Maria de Hurtaza,
como de la metad de conquistas, que huviesse en el acor-
dada por dicho pacto en el caso de no aver descendientes
de dicho matrimonio, ò aviendolos, faltando estos abin-
testato, se convence por todos medios, que solo para los
descendientes de èl, y no para otro alguno dispusieron la
Vinculacion de dicha mejora de tercio, y quinto; por lo
que fenecidos oy estos, como lo estàn debe cesar.

29 Pues para ello concurre, ademàs, el que avien-
do sido dicha mejora *contemplatione matrimonij*, no pu-
do, ni puede à el presente subsistir, por estàr expressamen-
te

te prohibida, y resistida por la Ley *Leg. 1. tit. 2. lib. 5.* *Recop.* Baez. *de Non meliorand. filiab. ratione dotis*; y en nuestro propio caso, quando los padres solo tienen hijas, *cap. 6. num. 6.* Avend. *de Exequend. cap. 14 num. 7.* *ideoque* en el compromisso, y transaccion, celebrada en los 19. de Marzo del año passado de 680. entre dichos Don Domingo Antonio de Murua, y Doña Ana Maria de Hurtaza su muger, con Don Juan Bautista de Antia, y Doña Elvira de Hurtaza, padres de dicho Don Luis, sobre la quenta, y particion de los bienes de Don Asensio de Hurtaza, y Doña Ana Maria de Hurtaza, num. 7. sus padres, y suegros respectivè por la *sentencia*, que en èl se diò, se destimò dicha mejora, aprobando solo la hecha por dicho Don Antonio Hurtaza, sin calidad de Vinculo, por el testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, otorgado en los 7. de Noviembre del año passado de 679.

Asensio.

30 Cuya sentencia homologada, y consentida, como lo està, obsta oy à dicho Don Luis para la pretension contraria, que deduce, à la que estuvo en dicho compromisso *Leg. Non minorem 20. Cod. de Transact.* ibi: *Non minorem autoritatem, quam rerum judicatarum esse, quia nihil ita fidei congruit humanem, quam ea, quæ placuerunt custodiri.* Fontanel. *decis.* 45. Valer. *de Transact. tit. 5. quæst. 1.* Pues quando quiera dezir ser ninguna dicha transaccion, y sentencia por aver sido sobre bienes Vinculados, y sin Facultad Real, D. Molin. *lib. 4. cap. 9.* Valer *de Transact. tit. 4. quæst. 5. num. 15.* y pretender oy *ex allio jure, & capite*, como lo es la Ordenança de la Villa de Oñate, y su Condado, (de que se vale) la validacion de dicha mejora.

31 Era necessario hiziesse constar de la observancia de dicha Ordenança concluyentemente, y averse esta practicado *in individuo*, en mejoras de tercio, y quinto hechas à favor de hijas *contemplatione matrimonij*, y no hallarse derogada por la Pragmatica de las dotes, posterior a la Constitucion de dicha Ordenança; todo lo qual de-

deficit en nuestro caso, y se haze patente la exclusion de dicho Don Luis à los bienes de dicha mejora, y en todo acontecimiento aver sido esta temporal.

ES LA TERCERA, Y ULTIMA DUDA sobre los bienes recuperados de Don Pedro Hortìz Zaraùz y Gamboa, Dueño de la Casa de Zaraùz, por Doña Magdalena de Otaduy, y Don Asensio Hurtaza su hijo, num. 6. & 7. los que se declaran tocar, y pertenecer à dicho Don Luis de Antia, como legitimo successor en el Vinculo fundado por el Reverendo en Christo, Padre Don Laurencio Otaduy, Obispo que fue de Avila.

32 COmo reconocemos confessamos à dicho Don Luis de Antia por legitimo successor del Vinculo, fundado por dicho Reverendo in Christo, Padre Don Laurencio Otaduì; pero negamos correspondan à este los bienes recuperados por los referidos Doña Magdalena de Otaduì, y Don Asensio Hurtaza su hijo, de dicho Don Pedro Hortìz Zaraùz y Gamboa, Dueño de la Casa de Zaraùz.

33 *Ex eo*, de que, aunque sea cierto, que destinado algun caudal por el instituidor del Vinculo, ò Mayorazgo, *pro emptione* de algunos bienes ciertos, ò inciertos; comprados estos, se hagan, y adquieran à el Vinculo, ò Mayorazgo; assi porque mediante dicha destinacion se subtrogan en el caudal, que era propio del Vinculo, y Mayorazgo, como porque estando obligado el successor de este, mediante el precepto del Fundador, à hazer el empleo; hecho este se entiende le haze para el Vinculo; pues se presume comprò para èl. Gutierr. *de Tutel. 2. part. cap.* 10. D. Salg. *Labyrint.* 2. *part. cap. 24. ex num.* 39. P. Molin. *de Iustitia, & Iur. lib. 3. disput.* 661. *numer.* 3. & 4. D. Molin. *de Hispan.*

Primog. lib. 2. cap. 4. ex num. 24. conducit D. Oleā *tit. 4. quæst.* 11, *num.* 20.

34 Esto solo puede proceder, y procede, quando consta, y resulta, que *re vera*, con el caudal propio del Vinculo, y Mayorazgo, y destinado por su Fundador, *pro emptione aliquarum certorum bonorum*, se compraron, recuperaron, *vel aliter* se adquirieron dichos bienes; no empero quando no consta, que con dicho caudal se comprassen, y adquiriessen; y mucho menos, quando aparece averse adquirido con diverso caudal, D. Salg. *Labyr. 2. part. cap. 24. num. 36. in medio*, ibi: *Et ad hanc comparationem possessor ipse habeat à fundatore madatum, & potestatem ipseque ad eam comparationem, & aplicationem sit obligatus; sequitur, quod, quomodocumque emat. CUM RE VERA EX EA PECUNIA EMERIT; NON SIBI SED MAIORATUI STATIM DOMINIUM ADQUIRATUR.* P. Molin. *dict. disput.* 661. *num.* 3. & 4. ibi: *Illud observandum censeo, si maioratus possessor, EX EA NUMERO PECUNIA QUÆ ERAT MAIORATUS AD ID DEPUTATA, UT EX EA MAIORATUI RES IDONEA EMERETUR, REM QUIDEM EMAT.*

35 Lo que en nuestro caso se haze patente; pues aunque es cierto, que por la donacion, que en los 31. de Octubre de 1607 hizo el Reverendo in Christo, Padre Don Laurencio de Otaduì, à su sobrina Doña Magdalena de Otaduì, num. 6. con la calidad de Vinculo, los 3U ducados de ella, en caso que surtiesse efecto el concierto, que estaba hecho, entre los Dueños de la Casa de Zaraùz, y el Licenciado Don Miguèl de Hurtaza, y la referida Doña Magdalena de Otaduì su muger, sobre los bienes de Miguèl Perez Hermani, se destinaron para el recobro de estos, con la calidad de quedar vinculados en su lugar.

36 Tambien lo es, no llegò à tener efecto dicho con-

concierto ; y que el recobrò hecho en virtud de la transaccion, otorgada en los 16. de Mayo de el año passado de 631. entre Don Pedro Hortiz de Zaraùz y Gamboa, Dueño de la Casa de Zaraùz, y Don Asensio de Hurtaza Hermanì; por sì, y en virtud de licencia de dichos Licenciado Don Miguèl de Hurtaza, y Doña Magdalena de Otaduì sus padres, no fue con el caudal de dichos 3ʊ. ducados, donados por dicho Reverendo in Christo, Obispo de Avila, à la referida Doña Magdalena de Otaduì; sino con caudales propios del referido Don Asensio, quien los entregò, obligandose por el resto del precio, en que se ajustò la venta de bienes, contenida en dicha transaccion, à redimir, y quitar cierto Censo de 568. ducados, que el referido Don Pedro Hortùz de Zaraùz, estaba debiendo à la Villa de Azcoitia.

37 Y lo que es mas, ni pudo hazerse el referido recobro con dichos 3ʊ. ducados donados; porque aunque aunque esta cantidad fue el precio de los bienes, que por dicha escritura de transaccion vendiò el referido Don Pedro Hortiz de Zaraùz y Gamboa, à dicho Don Asensio Hurtaza, y à la referida Doña Magdalena de Otadui su madre; à esta en dicha escritura, por los dichos 3ʊ. ducados, se la reservò su derecho à salvo, contra los bienes de los padres de dicho su marido, y los de este, lo que convence no pudieron servir para dicho recobro, ni averse hecho este en nombre de dicho Vinculo, ni para èl.

38 *Ex quibus omnibus*, se haze manifiesto, que sin embargo de la aplicacion, y destinacion prevenida por dicho instituidor, y Fundador, no aviendo tenido efecto dicho concierto; y lo que es mas, no aviendose hecho la compra, y recobro de los bienes controversos con dichos 3ʊ. ducados; y ademàs no resultar, si los comprados son los mismos, nunca pudieron adquirirse, ni se adquirieron à dicho Vinculo, y Mayorazgo, sino à el referido Don Asensio Hurtaza, y su madre, quienes *suo nomine*, y para sì los compraron con su caudal, y no del Mayorazgo.

El

39 El que *ex eo tantum*, de que en dicha tranſaccion Doña Magdalena de Otadui, ſe apartaſſe de ſuſcitar pleyto ſobre el recobro de dichos 3U. ducados; *nullatenùs* pudo preſtar derecho alguno, ni pretenderle oy Don Luis de Antia, como legitimo ſucceſſor en dicho Mayorazgo à dichos bienes comprados, los que en todo ſe deben declarar por libres, reformando en eſta parte la ſentencia de viſta, por la que ſe declaran pertenecer à el referido Don Luis de Antia.

40 Quien aviendo en eſta inſtancia deducido ademàs la pretenſion, de que ſe declare pertenecer à dicho Vinculo del Reverendo in Chriſto, Padre Don Laurencio de Otadui, las cantidades, y bienes, que dicho Don Aſenſio de Hurtaza percibiò de Don Juan de Zarauz y Gamboa, Doña Joſepha, y Doña Cathalina de Salinas ſu muger, y cuñada, por dezir ſe adquirieron dichas cantidades, y bienes, en virtud del pacto reverſivo, pueſto por dicho Reverendo in Chriſto, Padre Don Laurencio de Otadui, en las capitulaciones, y promeſas dotales hechas a Doña Maria, y Doña Simona de Otadiu ſus ſobrinas, à favor de dicho Vinculo.

41 Debiera hazer conſtar, lo que ſupone, aſsi en quanto à dicho pacto reverſivo, à favor de dicho Vinculo, y aver ſido pueſto en una, y otra eſcritura de capitulaciones de las referidas Doña Simona, y Doña Maria de Otaduì, y que efectivamente à eſtas ſe las avian pagado, y pagaron las dotes prometidas, y aver llegado el caſo de la reverſion; y en ſu virtud, y no por otro reſpecto, y cauſa averſe percibido, y adquirido por el referido Don Aſenſio de Hurtaza dichas cantidades, y bienes.

42 *Nam aliter*, nunca pudieron adquirirſe, ni oy eſtimarſe pertenecientes à dicho Vinculo, y Mayorazgo. Valer. *de Tranſact. tit.* 5. *quaſt.* 6. *ex num.* 1. *ſignanter*, *num.* 10. D. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 8. *&* 10. D. Salgad. *Laber.* 2. *part. cap.* 7. *ex num.* 31. *Ex eo* de que lo adquirido *propia induſtria* del poſſeedor del Vinculo, y Mayorazgo, ò por *nueva cauſa inde-*

pen-

pendente del mismo Mayorazgo, nunca se adquiere à este, sino privativamente a su posseedor, *argum. text. in Leg. Item veniunt*, §. *Item*, *ff. de Petit. hæreditat.* ibi: *Sed ea quæ post additam hæreditatem accedunt, siquidem ex ipsa hæreditate, puto hæreditati accedere, si extrinsecus: non: quia personæ possessoris accedunt. Leg. Paulus respondit 29. de Pignorib.* ibi: *Sed ea, quæ ex bonis defunti non fuerunt, sed posteà ab hærede eius ex allia causa adquisita sunt vindicari non posse acreditore testatoris.*

43 Lo que se ajusta mas bien reconocidos todos los instrumentos, con la reflexion que pide el caso, y acostumbra el superior acuerdo, y madurez de la Sala; pues por lo correspondiente à Doña Maria de Otadui, aunque es cierto averse puesto en sus capitulaciones matrimoniales el pacto reversivo, à favor de dicho Reverendo in Christo Obispo su tio, en el caso que muriesse sin hijos, *quod fieri potius*. Cardin. de Luc. *de Dot. discurs. 155. signanter, num.* 20. Amat. *resolut. 64. num.* 14. no consta de la solucion, y paga de la dote prometida por el referido in Christo, Obispo, ni aver llegado el caso de la reversion à esse; y lo que es mas, que en fuerza de esta, como era necessario para la nueva pretension de Don Luis de Antia, dicho Don Asensio de Hurtaza, y la referida Doña Magdalena de Otadui huviessen percibido, y recobrado cantidades, ni bienes algunos.

44 Y en quanto à dicha Doña Simona no resulta aver avido semejante pacto reversivo, por no averse presentado la escritura de sus capitulaciones, y la unica enunciativa, que se halla en la escritura de donacion, hecha à favor de dicha Doña Magdalena de Otadui por dicho Reverendo in Christo Obispo, su tio, en el año de 607. de averse puesto tambien dicho pacto reversivo, es à favor del tronco, el que *post facto* no se pudo alterar, ni poner en su lugar à dicho Vinculo. Cardin. de Luc. *dict. discurs. 155. num.* 20. D. Olea *tit. 1. quæst. 6. ex num.* 15.

45 Y lo que consta es, segun las ultimas escrituras

 pre-

presentadas por dicho Don Luis de Antia, sin la previa citacion de estas partes, como era necessaria, aviendo el Procurador, requerido con la compulsoria, respondido se les citasse en persona. Pareja *de Instrument. edict. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 95.* que a la referida Doña Simona, de los 2U800. ducados, que dicho Reverendo in Christo Obispo, y Don Miguèl de Otaduì su padre, la mandaron, solo se la pagaron 6U800. reales; y que los bienes, que dicho Don Asensio de Hurtaza, y Doña Magdalena de Otaduì su madre, percibieron por las escrituras de 3. de Febrero, y 24. de Julio de 1657. que la primera, no llegò à tener efecto, no fue en nombre de dicho Vinculo, ni para este, sino como heredero, que dezia avia sido instituido el referido Don Asensio de Hurtaza, por dicha Doña Simona su tia, en cuyos terminos la adquisicion nunca puede aplicarse à el Mayorazgo.

46 Y assi, no obstante, que en la referida escritura de compromisso del año passado de 680. de que hizimos mencion en el dubio segundo; tuvo dicho Don Luis la pretension, que oy deduce, se desestimò por la sentencia arbitraria, y conforme à ella esperamos, se reforme, supla, y enmiende la sentencia de vista, en quanto à los bienes comprados de Don Pedro Hortiz Zaraùz y Gamboa, Dueño de la Casa de Zaraùz, mediante no averlo sido con los referidos 3U. ducados, donados à Doña Magdalena de Otaduì, con calidad de Vinculo, y se desestime por lo correspondiente à dicha nueva pretension de los bienes percibidos de Don Juan Zaraùz y Gamboa, por dicho Don Asensio de Hurtaza, confirmando en todo lo demàs dicha sentecia de vista: *Salva in omnib.* D. V. D. C.

Lic. Eugenio Antonio Jungitu Astarà.